

# Formalismo o antiformalismo en el contencioso administrativo

Formalism or antiformalism in the Contentious Administrative

*Augusto Durán Martínez\**

**RESUMEN:** Nuestro contencioso administrativo de anulación fue concebido en base al dogma revisor, de origen francés. Eso, unido a la filosofía jurídica imperante en la época en que se implantó y a exigencias políticas propias del momento, llevó a la adopción de un estricto formalismo en lo que refiere al acceso al proceso, tanto en lo relativo a la legitimación activa, como a la exigencia del previo agotamiento de la vía administrativa, así como en cuanto a la fijación de plazos de caducidad para accionar. Con el neoconstitucionalismo varió la visión del derecho. La perspectiva del ordenamiento jurídico desde los derechos humanos, que ahora se impone en el caso, desde el derecho a la tutela judicial efectiva, lleva a cuestionar todos esos ritualismos en beneficio del acceso al proceso.

**PALABRAS CLAVE.** Contencioso administrativo. Formalismo. Antiformalismo. Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso al proceso. Legitimación activa. Agotamiento de la vía administrativa. Plazo de caducidad para accionar. Uruguay.

---

\* Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de la República y Universidad Católica del Uruguay; de Derecho Público, Instituto Universitario Politécnico del Uruguay; de Procesos Constitucionales, CLAEH. Director del Departamento de Derecho Administrativo y Decano Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. E-mail: [aduranmartinez@adinet.com.uy](mailto:aduranmartinez@adinet.com.uy)

**ABSTRACT:** Our contentious administrative cancellation was conceived based on the reviewer dogma, of French origin. That, coupled with the prevailing legal philosophy in the era in which it was implemented and political requirements of the time, led to the adoption of a strict formalism with regards to access to the process, both as regards the active legitimation, as to the requirement of prior exhaustion of administrative remedies as well as regards the fixing of time limits for revocation to operate. With the neoconstitucionalismo varied vision of the law. The perspective of the legal system from the human rights, which is now imposed in the case, since the right to effective judicial protection, leads to question all those ceremonials for the benefit of access to the process.

**KEY WORDS:** Contentious Administrative, Formalism, Antiformalism. Right to effective Judicial Protection. Access to the Process. Active Legitimization. Uruguay.

**SUMARIO:** I. Precisiones preliminares. II. Derecho a la tutela judicial efectiva. III. Legitimación. IV. Agotamiento de la vía administrativa. V. Plazo para accionar. VI. Apreciaciones finales.

## I.

### PRECISIONES PRELIMINARES

1     Conviene comenzar con algunas precisiones preliminares.

2.     Considero que “*contencioso administrativo* es un litigio o contienda en materia administrativa o dicho, más precisamente, suscitado como consecuencia del ejercicio de la función administrativa, que se ventila ante la *justicia administrativa* a través del *proceso administrativo* y se resuelve mediante el ejercicio de la *jurisdicción administrativa* con un acto que pasa en autoridad de cosa juzgada.”<sup>1</sup>

3.     Advierto, no obstante, que a este término complejo<sup>2</sup> se le han asignado diversos sentidos. Así, HUTCHINSON señaló que la expresión *contencioso administrativo* ha sido empleada en diversas acepciones: “a) *en un sentido orgánico*. Aparece así la expresión como sinónimo de un conjunto de tribunales (fuero contencioso administrativo); b) *en un sentido funcional*, como sinónimo de actividad desarrollada por los tribunales administrativos (ejercen la jurisdicción contencioso administrativa); c) *en un sentido material*, como sinónimo de materia (la *competencia contencioso administrativa*); d) *con un sentido instrumental*, en el que la expresión aparece como sinónimo de medios procesales que los interesados pueden utilizar contra la Administración Pública y e) *en un sentido normativo*, como sinónimo de conjunto de normas jurídicas reguladoras de la intervención de los tribunales (códigos contencioso administrativos).”<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso administrativo*. F.C.U. Montevideo, 2007, p. 13.

<sup>2</sup> Complejo en el sentido de MARITAIN, puesto que sus partes, “contencioso” y “administrativo”, tienen cada una por sí sola y separadamente una significación. MARITAIN, J., *El orden de los conceptos. Lógica*. Club de Lectores. Buenos Aires, 1978, p. 79.

<sup>3</sup> HUTCHINSON, T., *Derecho Procesal Administrativo*. RUBINZAL-CULZONI Editores. Santa Fe, 2009, t. I, p. 28.

El sentido orgánico de HUTCHINSON es lo que he llamado *justicia administrativa*,<sup>4</sup> el funcional es lo que he llamado *jurisdicción administrativa*,<sup>5</sup> el material se acerca a lo que he llamado *contencioso administrativo*<sup>6</sup> y el instrumental lo que he llamado *proceso administrativo*.<sup>7</sup>

Como el tema que se me ha asignado es formalismo y antiformalismo en el contencioso administrativo, no tiene sentido que use el término en la acepción que le he dado en mi obra ya citada sino que corresponde usarlo en el sentido instrumental de HUTCHINSON. Utilizaré así el término *contencioso administrativo* para referirme al *proceso administrativo o proceso contencioso administrativo*.

#### 4. El término *formalismo* deriva de *forma*.

*Forma* es, según el Diccionario de la Real Academia Española, en su primera acepción “configuración externa de algo”.<sup>8</sup> *Formalismo*, según el mismo diccionario, tiene dos acepciones: “Rigurosa aplicación y observancia, en la enseñanza o en la indagación científica, del método recomendado por alguna escuela.//2. Tendencia a concebir las cosas como formas y no como esencias.”<sup>9</sup>

*Antiformalismo* es, obviamente, lo contrario.

El formalismo apunta a lo adjetivo, no a los sustantivo. Por eso, a los efectos de este estudio corresponde tomar el sentido instrumental del término contencioso administrativo. La cuestión se centra pues en el proceso; más precisamente en las ritualidades exigidas para su acceso, para su desarrollo, para la toma de la decisión o la ejecución de lo decidido.

Es un lugar común en doctrina sostener la vigencia del principio del informalismo en el procedimiento administrativo.<sup>10</sup> Pero de eso no se habla con relación al proceso administrativo.

En el proceso administrativo o proceso contencioso administrativo, sin que se hable de formalismo o antiformalismo, lo cierto es que nuestro derecho positivo es muy formalista;

<sup>4</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, p. 11.

<sup>5</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, p. 12.

<sup>6</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, p. 13.

<sup>7</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 12 y ss.

<sup>8</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. Vigésima segunda edición. Espasa Calpe S.A. Buenos Aires, 2001, t. I, p. 1076.

<sup>9</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario...*, t. I, p. 1077.

<sup>10</sup> FRUGONE SCHIAVONE, H., “Principios del procedimiento administrativo”, en VV.AA. *El nuevo procedimiento administrativo*. Secretaría de la Presidencia de la República. Programa Nacional de Desburocratización. 2ª edición. Montevideo, 1991, pp. 33 y ss.; CAJARVILLE PELUFFO, J.P., “Introducción al procedimiento administrativo uruguayo”, en CAJARVILLE PELUFFO, J.P., *Sobre Derecho Administrativo*, t. II. Segunda edición ampliada. F.C.U. Montevideo, 2008, p. 197; DURÁN MARTÍNEZ, A., “El procedimiento administrativo en Uruguay”, en *Estudios de Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay. Montevideo, 2014, N° 9, p. 49; DELPIAZZO, C.E., “El procedimiento administrativo en Uruguay”, en DELPIAZZO, C.E./RUOCCO, G., (Directores) *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Actos y contratos de la Administración*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2013, t. II, pp. 318 y ss.

y así también ha sido en general nuestra jurisprudencia, yendo a veces más allá de lo que indica el derecho positivo.

Algo parecido ocurre en la República Argentina, según advierte TAWIL, quién señala que el sistema español, en cambio, evoluciona hacia un antiformalismo.<sup>11</sup>

Como luego se verá, percibo, en general, una tendencia hacia el antiformalismo

6. “El proceso administrativo –decía HUTCHINSON– tiene dos objetivos: a) controlar si en la conducta administrativa se ha respetado el principio de sumisión de la Administración a la juridicidad, y b) garantizar una tutela judicial efectiva a derechos e intereses de los habitantes. Este último objetivo no debe subsumirse en el anterior.”<sup>12</sup>

7. Esta afirmación de HUTCHINSON, compartible en términos generales, requiere algunas precisiones.

Es verdad que a menudo se enfoca el contencioso administrativo desde la perspectiva del control. Es más, es común que se diga que una de las características del Estado de Derecho es la existencia de un control jurisdiccional de la Administración.<sup>13</sup>

También es frecuente que se ubique en la Francia revolucionaria el origen del contencioso administrativo moderno o, por lo menos, se destaque su influencia en el mundo occidental. Pero en verdad no surgió de golpe como si fuera una operación quirúrgica, sino que es producto de una lenta evolución histórica, por momentos siguiendo un camino equivocado, como decía CASSAGNE, pero por momentos<sup>14</sup> a través de un golpe de timón, rectificando el rumbo hacia el fin debido. Bien recordaba BÉNOIT que la dualidad de jurisdicción se gesta lentamente en una natural evolución de las instituciones políticas francesas desde la época feudal, pasando por la creación del Consejo del Rey en el período absolutista, se asienta con los edictos de LUIS XIII de 1641 (Edicto de San Germán) y de LUIS XIV de 1661, que impiden a los Parlamentos intervenir en los litigios contra la Corona, lo que es

---

<sup>11</sup> TAWIL, G.S., “Características básicas de la jurisdicción contencioso administrativa argentina”, en TAWIL, G.S., (Director) *Derecho Procesal Administrativo*. ABELEDO PERROT. Buenos Aires, 2011, p. 85.

<sup>12</sup> HUTCHINSON, T., *Derecho Procesal...*, t. I, p. 284.

<sup>13</sup> PRAT, J.A. *De la desviación de poder*. Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo. Montevideo, 1957, p. 30; DURÁN MARTÍNEZ, A., “La obligación de motivar: un principio general de derecho administrativo”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de derecho administrativo. Parte General*. Montevideo, 1999, p. 69.

<sup>14</sup> CASSAGNE, J.C., “La justicia administrativa”, en CASSAGNE, J.C., (Director) *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*. LA LEY. Buenos Aires, 2007, t. I, pp. 7 y ss. y 9.

confirmado y profundizado, *mutatis mutandis*, a través de varias leyes revolucionarias<sup>15</sup> y por la Constitución del Año VIII que crea el Consejo de Estado.

La Justicia Administrativa aparece, así, para evitar el control del Poder Judicial sobre la Administración. Incluso en una primera etapa, luego de la Revolución, toda reclamación contra la Administración debía efectuarse ante el Ministro correspondiente y sólo en vía de apelación se llegaba al Consejo de Estado. Era la época del Ministro-Juez, definitivamente desterrada a partir del *arrêt CADOT* del Consejo de Estado de 13 de diciembre de 1889,<sup>16</sup> al decir de TAWIL último vestigio del modelo de jurisdicción retenida<sup>17</sup> sustituido por el de la jurisdicción delegada instaurado a partir de la ley de 24 de mayo de 1872.

En la etapa del Ministro-Juez, la vía administrativa se consideraba de tipo jurisdiccional con lo que la que se cursaba ante el Consejo de Estado configuraba una segunda instancia. A partir del citado *arrêt CADOT*, se deslindó muy bien lo que era función administrativa y función jurisdiccional pero, al continuar exigiéndose una *décision préalable*,<sup>18</sup> se construyó un sistema en base a lo que se llamó el dogma revisor.<sup>19</sup>

El progreso del Estado de Derecho va a ir, paso a paso, acentuando el carácter de control y queda en segundo plano la cuestión de si el control se efectúa por parte del Poder Judicial o de una jurisdicción administrativa separada de este Poder. Por eso, y por su origen, se comprende que MESTRE haya presentado al Consejo de Estado con dos caras como JANO: por un lado aparece como protector de los derechos de los administrados y, por otro, como protector de las prerrogativas de la Administración.<sup>20</sup> Sugestivamente su libro se tituló *Le Conseil d'État protecteur des prérogatives de l'Administration*.<sup>21</sup>

Hay que tener presente estos aspectos para comprender determinados ritualismos previstos en defensa de las prerrogativas de la Administración, aunque se invoque también los derechos de las personas; lo que, por cierto, provoca no pocas incoherencias.

<sup>15</sup> BÉNOIT, F.P., *Le Droit Administratif Français*. Librairie Dalloz. Paris, 1968, pp. 275 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 514 y ss.

<sup>16</sup> LONG, M./ WEIL, P./ BRAIBANT, G./ DELVOLVÉ, P./ GENEVOIS, B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 12e. édition. Dalloz. Paris, 1999, pp. 35 y ss.

<sup>17</sup> TAWIL, G.S., "El control jurisdiccional de la actividad e inactividad administrativa. Distintos sistemas de organización", en TAWIL, G.S. (Director) *Derecho Procesal Administrativo*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2011, p. 9.

<sup>18</sup> WALINE, M., *Précis de Droit Administratif*. Édition Montchrestien. Paris, 1969, vol. I, pp. 157 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, p. 540.

<sup>19</sup> TAWIL, G.S., "El control jurisdiccional...", loc. cit., p. 9; CASSAGNE, J.C., "La tutela judicial efectiva", en CASSAGNE, J.C., (Director). *Tratado de Derecho Procesal...*, t. I, p. 104.

<sup>20</sup> MESTRE, A., *Le Conseil d'État protecteur des prérogatives de l'Administration*. L.G.D.J. Paris, 1974, pp. 11 y ss.

<sup>21</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A., "Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Administración Pública. Control y cumplimiento de la decisión jurisdiccional", en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Neoconstitucionalismo y derecho administrativo*. LALEY Uruguay. Buenos Aires, 2012, p. 578.

Cuando se impone el neoconstitucionalismo<sup>22</sup> y se construye una nueva concepción del derecho desde la perspectiva de la dignidad de la persona humana, se pone el énfasis en los derechos humanos. En lo que a nuestro tema interesa, cobra especial importancia el derecho a la tutela judicial efectiva.

Junto con el objetivo del control del contencioso administrativo aparece luego el de garantizar la tutela judicial efectiva. Y este segundo pasa a ser más importante que el primero puesto que, en definitiva, el objetivo primordial de toda jurisdicción es emitir un acto de justicia.<sup>23</sup> Pero, si como bien decía HUTCHINSON el objetivo de garantizar una tutela judicial efectiva no queda subordinado en el del control,<sup>24</sup> tampoco el del control queda subordinado en el de la tutela judicial efectiva. Esto se debe tener muy presente a la hora de valorar los formalismos del proceso. Ese control sirve para la tutela de los derechos particulares, pero también de los colectivos.

**8.** Advierto, por otro lado, que ATIENZA al estudiar el formalismo jurídico, distingue el formalismo como característica del derecho moderno y el formalismo como concepción del derecho.<sup>25</sup>

El primero se identifica con lo que se ha llamado racionalidad formal. En ese sentido, el derecho consiste esencialmente en reglas.

Las premisas de los razonamientos jurídicos funcionan como razones excluyentes o perentorias, de manera que en muchos o en la mayoría de los casos los decisores (los aplicadores) pueden prescindir de las circunstancias particulares de los casos, esto es, de las razones para la decisión que en principio serían de aplicación para decidir el caso, pero que, al no figurar en la regla abstracta preestablecida, el decisor no necesita tomar en consideración; lo que significa también que la aplicación de las normas pueden hacerse sin que entren en juego los criterios morales y políticos del aplicador.<sup>26</sup>

El formalismo entendido como una concepción del derecho se caracteriza por una tendencia a absolutizar los elementos formales del derecho y a construir a partir de ahí una teoría que lleva a la simplificación de las operaciones de aplicación e interpretación del dere-

---

<sup>22</sup> Sobre neoconstitucionalismo ver DURÁN MARTÍNEZ, A., “En torno al neoconstitucionalismo”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Neoconstitucionalismo y...*, pp. 3 y ss.

<sup>23</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A., “El derecho administrativo entre legalidad y derechos fundamentales”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Público*. Montevideo, 2008, vol. II, p. 267.

<sup>24</sup> HUTCHINSON, T., *Derecho Procesal...*, t. I, p. 284.

<sup>25</sup> ATIENZA, M., *Ideas para una filosofía del derecho*. Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Nuevos tiempos-Nuevas Ideas-Fondo Editorial. Lima, 2008, pp. 175 y ss.

<sup>26</sup> ATIENZA, M., *Ideas para una...*, p. 175.

cho. No necesitan una teoría de la argumentación jurídica; les basta con la lógica deductiva, que algunos llegan a reducir incluso a un solo tipo de argumento: el silogismo judicial.<sup>27</sup>

El positivismo normativista, por lo menos en sus formas más extremas, es propenso a estos dos tipos de formalismo jurídico señalados por ATIENZA. Precisamente, en épocas en que imperó ese positivismo se implantaron los ritualismos procesales ya señalados.

Pero cuando comienza a imponerse el neoconstitucionalismo se percibe un retroceso de los distintos formalismos. No solo, como se ha dicho, porque la nueva visión del derecho se basa en la centralidad de la persona humana, sino también, y por eso, muestra un desarrollo creciente de la práctica argumentativa.<sup>28</sup> No es concebible el neoconstitucionalismo sin una desarrollada teoría de la argumentación.<sup>29</sup> Hoy las decisiones jurídicas exigen justificación y a eso apunta la argumentación.

Por eso en el mundo se percibe una reacción que ha llevado a modificar los viejos textos de derecho positivo que imponían arcaicos ritualismos y cuando eso no ha sucedido, la jurisprudencia ha impulsado esos cambios.

En nuestro país eso no ha ocurrido. Los textos de derecho positivo en la materia, siguen siendo básicamente los mismos que hace sesenta años y la jurisprudencia, salvo algún aspecto puntual excepcional, como luego se verá, no solo no ha sido protagonista de una interpretación evolutiva, sino por el contrario, por momentos, ha sido aun más restrictiva que los propios textos de derecho positivo.

9. La última precisión que deseo efectuar es que centraré mi estudio en el derecho uruguayo y, en especial en el contencioso administrativo de anulación de actos administrativos.

## II.

### DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

1. Nadie discute hoy en día que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho humano.<sup>30</sup> Está así expresamente recogido en el artículo XVIII de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre de la O.E.A. de 1948, en el artículo 25 del Pacto de San

<sup>27</sup> ATIENZA, M., *Ideas para una...*, p. 177.

<sup>28</sup> ATIENZA, M., *Ideas para una...*, p. 245.

<sup>29</sup> ATIENZA, M., *Ideas para una...*, p. 153 y ss.

<sup>30</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A., "Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Administración...", loc. cit., p. 583.



José de Costa Rica, en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas.

A nivel europeo, está expresamente recogido por el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en el ámbito del derecho interno es reconocido a veces genéricamente en forma implícita, como en el artículo 24 de la Constitución de Italia y 19 de la de Alemania, y en forma expresa, como en el artículo 24 de la Constitución de España.

En nuestra Constitución no está recogido expresamente pero por ser inherente a la persona humana está comprendido en el artículo 72 de la Carta.

He efectuado estas menciones para demostrar cómo este derecho está recogido en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos y recogido en forma expresa o implícita en las constituciones de los países más avanzados y en la nuestra. Pero lo más importante es que, si es un derecho humano, es suprapositivo, cualquiera sea la naturaleza del instrumento jurídico que lo reconozca. Bien decía GONZÁLEZ PÉREZ: “El derecho a la Justicia existe con independencia a que figure en las Declaraciones de derechos humanos y pactos internacionales, Constituciones y leyes de cada Estado. Como los demás derechos humanos es un derecho que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres. Los ordenamientos positivos se limitan a recogerle, como recogen otros principios de Derecho natural, al lado de los principios políticos tradicionales.”<sup>31</sup>

2. Lo expuesto basta para demostrar que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, como derecho humano que es, integra el *bloque de constitucionalidad*; más precisamente, se encuentra en la cúspide del *bloque*.

Eso hace que, por la evolución del neoconstitucionalismo, de la interpretación conforme a la Constitución pasemos a la interpretación conforme al *bloque de constitucionalidad*, con lo que la propia Constitución es objeto de medición ante ese *bloque*.<sup>32</sup>

Este aspecto es básico para encarar este tema.

3. El derecho a la tutela judicial efectiva o a la tutela jurisdiccional, como también se le ha llamado, es según GONZÁLEZ PÉREZ “el derecho de toda persona a que se le ‘haga justicia’; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso, con unas garantías mínimas.”<sup>33</sup>

<sup>31</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Segunda edición. Civitas. Madrid, 1989, p. 22.

<sup>32</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A., “El control de convencionalidad y el Derecho Público Interno”, en *La Justicia Uruguaya*, año LXXV, t. 149, febrero 2014, pp. D- 24 y ss.

<sup>33</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela...*, p. 27.

También con gran precisión, indica el maestro el contenido de este derecho. Como aproximación al tema nos dice que “el derecho a la tutela jurisdiccional despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la Justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos. Acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia en la sentencia.”<sup>34</sup>

4. En este estudio centraré mi atención únicamente en el primer momento, porque es aquí donde fundamentalmente se plantean problemas relacionados con el formalismo. En las otras etapas hay, desde luego, obstáculos para una tutela judicial efectiva pero, en general, son de otra índole.

El acceso a la jurisdicción implica: a) el acceso a órganos propiamente jurisdiccionales; b) que no se excluya el conocimiento de las pretensiones en razón de su fundamento; c) que no se obstaculice su acceso.<sup>35</sup>

De estas tres cuestiones únicamente referiré a la tercera.

5. Como bien ha observado CASSAGNE, “la tutela judicial efectiva apunta a la eliminación de las trabas que obstaculizan el acceso al proceso, tanto como a impedir que, como consecuencia de los formalismos procesales, queden ámbitos de la actividad administrativa inmunes al control judicial y, por último tiende a asegurar el ejercicio pleno de la jurisdicción.”<sup>36</sup>

En este sentido aparece el principio de accesibilidad que, si bien no sirve para amparar indiscriminadamente cualquier tipo de pretensión, sirve para interpretaciones más amplias tendientes a garantizar que el acceso a la jurisdicción no se vea impedido por limitaciones irracionales. Ese principio lleva al de *in dubio pro accione* y a descartar lo que cierta jurisprudencia argentina ha denominado *ritualismos inútiles*.<sup>37</sup>

“El proceso es forma –decía BENAVIDEZ PINILLA al reclamar más informalismo para la recepción o admisión de las demandas– pero esas formas deben estar ideadas para la tutela de los derechos no para que su realización sea imposible, sobre todo si se trata de un

<sup>34</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela...*, pp. 43 y ss.

<sup>35</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela...*, p. 48.

<sup>36</sup> CASSAGNE, J.C., “La tutela judicial...”, loc. cit., p. 97.

<sup>37</sup> VERAMENDI, E.D., “Los principios generales del proceso administrativo”, en TAWIL, G.S. (Director) *Derecho Procesal...*, p. 54; CAPALBO, S., “El derecho a la tutela judicial efectiva”, en TAWIL, G.S. (Director) *Derecho Procesal...*, pp. 109 y ss.; LAUHIRAT, S., “Algunos aspectos del proceso contencioso administrativo a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos”, en TAWIL, G.S. (Director) *Derecho Procesal...*, pp. 124 y ss.; CASSAGNE, J.C., “La tutela judicial...”, loc. cit., p. 108.

organismo jurisdiccional que tiene de común con cualquier otro, la obligación de declarar lo que es derecho.”<sup>38</sup>

Imbuido de ese espíritu, BOTASSI expresó: “Se ha dicho y repetido en forma nutrida que los derechos sustanciales valen lo que valen las herramientas con que se cuenta para su protección. La demandabilidad del Estado con motivo del ejercicio de la función administrativa debe resultar expedita para recorrerse como un camino libre de obstáculos. Los valladares decimonónicos vinculados con la legitimación, el agotamiento de la vía, el plazo de caducidad y el pago previo deben derribarse de una vez y para siempre.”<sup>39</sup>

No referiré al *solve et repete* puesto que no constituye según nuestra Constitución un requisito de admisibilidad de la acción de nulidad. Es más, el Código Tributario al respecto establece:

“Artículo 84. (Requisitos para la interposición de recursos y acciones).- La interposición, sustanciación y resolución de los recursos administrativos y de la acción de nulidad, no estará condicionada al pago previo del tributo o de las sanciones.”

Referiré, sí, a los otros valladares, como decía BOTASSI, puesto que, conforme a lo establecido por los artículos 309 y 319 de la Constitución, configuran requisitos de admisibilidad de la acción de nulidad.<sup>40</sup>

### III.

## LEGITIMACIÓN

1. Enseña GONZÁLEZ PÉREZ que “la legitimación es la aptitud de ser parte en un proceso concreto”.<sup>41</sup>

Las partes serán aquella que formula y aquella frente a quien se formula la pretensión objeto del proceso.<sup>42</sup>

La legitimación es un requisito procesal. Para que el órgano jurisdiccional pueda examinar la pretensión procesal es necesario que el demandante tenga legitimación.<sup>43</sup>

<sup>38</sup> BENAVIDEZ PINILLA, V.L., *Compendio de Derecho Público panameño*. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá, 2012, p. 38.

<sup>39</sup> BOTASSI, C.A., “Los principios generales del proceso administrativo en los regímenes locales: accesibilidad, especialización y descentralización”, en CASSAGNE, J.C., (Director). *Tratado de Derecho Procesal...*, t. I, pp. 151 y ss.

<sup>40</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 9 y ss.

<sup>41</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Segunda edición. Civitas. Madrid, 1992, p. 159.

<sup>42</sup> AGUILAR VALDEZ, O.R., “Las partes en el proceso administrativo”, en TAWIL, G.S. (Director) *Derecho Procesal...*, p. 193.

<sup>43</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Manual de Derecho Procesal...*, p. 159.

Debemos tener en cuenta al respecto la diferencia entre acción y pretensión. La acción es “el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión.”<sup>44</sup> Con la acción se pone en marcha la actividad jurisdiccional del Estado; con la pretensión se exterioriza el derecho a la acción que es preexistente y le sirve de sustento.<sup>45</sup>

La legitimación no es “el derecho a poner en actividad un órgano público, pues el derecho a excitar la tutela jurisdiccional del Estado –concepto de acción– lo tiene todo ciudadano; la acción logra su finalidad (poner en movimiento los órganos jurisdiccionales), cualquiera que sea quien la proponga, mediante la presentación de la demanda (acto típico de iniciación del proceso). La legitimación es un requisito de admisión de la pretensión en cuanto al fondo, no de la existencia del proceso. Para que el órgano jurisdiccional examine la pretensión es necesario que haya sido deducida por persona legitimada activamente y frente a la persona pasivamente legitimada.”<sup>46</sup>

En esa línea, AGUILAR VALDEZ señalaba que “la calidad de –legitimado activa o pasivamente– hace referencia a la relación sustancial que vincula a los sujetos y juega el papel de ser uno de los requisitos de admisibilidad de la pretensión cuya existencia resulta necesaria para que el juez pueda examinarla en cuanto al fondo.”<sup>47</sup>

Lo expuesto basta para percibir que la cuestión de la legitimación es clave para que se pueda analizar la pretensión procesal.

**2.** Conforme al artículo 309 de la Constitución, “la acción de nulidad sólo podrá ejercitarse por el titular de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo, violado o lesionado por el acto administrativo.”

Lamentablemente nuestra Constitución se apartó aquí del modelo francés, importante fuente de inspiración de nuestro sistema. En Francia, para poner en marcha el contencioso anulatorio no es necesario acreditar un derecho subjetivo, ni un interés legítimo, sino un interés. No se trata de una acción popular, puesto que es preciso acreditar un interés suficientemente particularizado, pero la jurisprudencia ha sido bastante amplia para considerarlo, por lo que DE LAUBADÈRE habla de un interés “froisse”.<sup>48</sup>

---

<sup>44</sup> COUTURE, E.J., “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, en COUTURE, E.J., *Obras*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2010, t. I, p. 49.

<sup>45</sup> PERRINO, P.E., “La pretensión procesal administrativa como objeto del proceso contencioso administrativo”, en CASSAGNE, J.C., (*Director*). *Tratado de Derecho Procesal...*, t. I, p. 410.

<sup>46</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Manual de Derecho Procesal...*, p. 159.

<sup>47</sup> AGUILAR VALDEZ, O.R., “Las partes en...”, loc. cit., p. 193.

<sup>48</sup> DE LAUBADÈRE, A., *Traité de Droit Administratif*. Sixième Edition. L.G.D.J. Paris, 1973, vol. I, p. 516.

Fórmulas como la nuestra hoy son objeto de crítica generalizada por las polémicas doctrinarias suscitadas para distinguir el derecho subjetivo del interés legítimo, por las restricciones que ella supone para el acceso al proceso y por el impacto que ha provocado la aparición de los intereses difusos.

Por eso se habla de la necesidad de superar las categorías tradicionales de derecho subjetivo e interés legítimo y simplificar la técnica de legitimación procesal. “De esa manera, el concepto de legitimación no se transforma en el eje de una carrera de obstáculos para acceder a la justicia sino que juega como un elemento que contribuye a la realización del principio de tutela judicial efectiva, ampliando el círculo de la legitimación activa y pasiva al titular de cualquier clase de interés que le proporcione alguna ventaja o beneficio o la compensación o reparación de un perjuicio.”<sup>49</sup>

Augurando fórmulas más abiertas, GONZÁLEZ PÉREZ expresaba que tal vez dentro de unos años los estudiosos del Derecho Administrativo al evocar las actuales exclamen asombrados: “¡Qué tiempos aquellos en que resultaba preciso derrochar paciencia e ingenio para aclarar un concepto tan inútil como el de interés directo!”<sup>50</sup> Y en otra oportunidad advertía que, frecuentemente, a la hora de decidir en un proceso, “los tribunales prescinden de todas esas zarandajas inventadas por la doctrina y ‘acaban definiéndolo con arreglo al *Diccionario de la Real Academia*, reconociendo que existe legitimación cuando el éxito de la pretensión reporta al que la formula ‘beneficio’, ‘utilidad’, ‘ganancia’, ‘provecho’, ‘comodidad’ o, dicho de otro modo, que le evitará un ‘perjuicio’, ‘incomodidad’ que es como define la Academia el interés.”<sup>51</sup>

En Uruguay, AMOZA ANTÚNEZ DE OLIVERA fue el primero en cuestionar nuestra formula constitucional a la luz del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y sugirió su revisión en una futura reforma constitucional.<sup>52</sup>

En efecto, luego de advertir, con razón, que los derechos de tercera generación son derechos individuales y también colectivos,<sup>53</sup> al estudiar la legitimación activa para presentar la acción de nulidad expresó:

---

<sup>49</sup> CASSAGNE, J.C./ PERRINO, P.E., *El nuevo proceso contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires*. Lexis Nexis. Buenos Aires, 2006, pp. 141 y ss.

<sup>50</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela...*, p. 70.

<sup>51</sup> Citado por CASSAGNE, J.C., “La tutela...”, loc. cit., p. 103, nota 22.

<sup>52</sup> AMOZA ANTÚNEZ DE OLIVERA, E., “¿Quién tutela los derechos colectivos? Algunas reflexiones sobre el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y su rol de garante constitucional”, en *Revista de la Facultad de Derecho*. Universidad de la República. Montevideo, enero-junio 2011, N° 30, p. 26.

<sup>53</sup> AMOZA ANTÚNEZ DE OLIVERA, E., “¿Quién tutela...”, loc. cit., p. 14.

En el caso de la restricción impuesta por el artículo 309 para la efectiva tutela de los derechos colectivos, existe obligación internacional de adaptar el derecho interno a los preceptos de la Convención Americana de Derechos Humanos; debiendo introducir en la Constitución las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado uruguayo.

En tanto esto no suceda el Tribunal de lo Contencioso Administrativo debe, como resultado del control de convencionalidad de las normas de derecho interno, aplicar no solamente la Convención Americana de Derechos Humanos sino los criterios interpretativos emanados de la Corte Interamericana que postulan el acceso pleno y sin restricciones a la Justicia, amparando aquellas acciones fundadas en intereses colectivos.<sup>54</sup>

3. Comparto, desde luego, la sugerencia de AMOZA con relación a la enmienda constitucional. Bueno sería una reforma formal de la Constitución a fin de que se regule la legitimación activa de modo que se adecue mejor a los conceptos fundamentales que prevalecen hoy en el mundo del derecho. No comparto que por la vía del control de convencionalidad se le asigne a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos fuerza vinculante.<sup>55</sup> Pero aun sin esa reforma y sin admitir que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tenga fuerza vinculante, estimo que se puede encontrar soluciones distintas a las sostenidas tradicionalmente en nuestro medio y que se ajusten más a la tutela judicial efectiva. Es que considero que estamos aquí ante lo que se ha llamado una *mutación constitucional*.

4. El término *mutación constitucional* no es nuevo y, por lo menos, parte de su contenido es aun más antiguo.

JELLINEK, en su conocido estudio sobre el tema de 1906, distinguió mutación de la Constitución de reforma de la misma. En tal sentido expresó: “Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o conciencia, de tal mutación.”<sup>56</sup>

En esa línea, LOEWENSTEIN decía que cada Constitución integra tan solo el *statu quo* existente en el momento de su nacimiento y no puede prever el futuro. “Cada constitución es un organismo vivo, siempre en movimiento como la vida misma, y está sometido a

<sup>54</sup> AMOZA ANTÚNEZ DE OLIVERA, E., “¿Quién tutela...”, loc. cit., p. 26.

<sup>55</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A., “El control de convencionalidad y...”, loc. cit., pp. D 28 y ss.

<sup>56</sup> JELLINEK, G., *Reforma y mutación de la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991, p. 7.

la dinámica de la realidad que jamás puede ser captada a través de fórmulas fijas. Una constitución no es jamás idéntica consigo misma, y está sometida constantemente al *panta rhei* heracliano de todo lo viviente.”<sup>57</sup>

Al igual que JELLINEK, distingue reforma y mutación de la Constitución.

Con relación a la reforma distingue, a su vez, un sentido formal y uno material. En sentido formal se entiende la técnica por medio de la cual se modifica el texto. Ese procedimiento se encuentra previsto en la propia Constitución que se modifica y, en la mayoría de ellas se encuentra al final del documento. La reforma material es el resultado del procedimiento de la enmienda constitucional.<sup>58</sup>

En la mutación constitucional “se produce una transformación en la realidad de la configuración del poder político, de la estructura social o del equilibrio de intereses, sin que quede actualizada dicha transformación en el documento constitucional: el texto de la constitución permanece intacto.”<sup>59</sup>

Y enseguida acota: “Este tipo de mutaciones constitucionales se da en todos los Estados dotados de una constitución escrita y son mucho más frecuentes que las reformas constitucionales formales. Su frecuencia e intensidad es de tal orden que el texto constitucional en vigor será dominado y cubierto por dichas mutaciones sufriendo un considerable alejamiento de la realidad, o puesto fuera de vigor.”<sup>60</sup>

Entre nosotros, GAMARRA ANTES distinguió las mutaciones constitucionales fuertes, y las mutaciones constitucionales débiles.

Por las fuertes, se produce una derogación de las normas jurídicas que se expresan mediante enunciados escritos aprobados de conformidad con procedimientos positivos previamente establecidos, si es que en la realidad se imponen pautas o modelos de comportamiento que difieren con lo estipulado en el derecho formal. Las mutaciones débiles serían aquellas que se producen a partir de la aplicación de criterios hermenéuticos y de interpretación en relación con un precepto de contenido normativo; se trata de un fenómeno de sustitución de normas que deriva de una mutación de interpretaciones que recaen sobre una única disposición normativa.<sup>61</sup>

GAMARRA ANTES rechaza las mutaciones fuertes<sup>62</sup> y acepta las débiles.<sup>63</sup>

<sup>57</sup> LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*. Segunda edición. Editorial ARIEL. Barcelona, 1976, p. 164.

<sup>58</sup> LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la...*, p. 165.

<sup>59</sup> LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la...*, p. 165.

<sup>60</sup> LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la...*, p. 165.

<sup>61</sup> GAMARRA ANTES, D., “Interpretación de enunciados constitucionales y mutaciones en sentido débil en el ordenamiento jurídico”, en *La Justicia Uruguaya*, año LXXV, t. 149, marzo 2014, p. D. 58.

<sup>62</sup> GAMARRA ANTES, D., “Interpretación de...”, loc. cit., pp. D. 58 y ss.

<sup>63</sup> GAMARRA ANTES, D., “Interpretación de...”, loc. cit., pp. D. 60 y D. ss.

Esa mutación débil no es otra cosa que lo que impulsaba JEFFERSON cuando expresaba, “la Tierra pertenece a los vivos”,<sup>64</sup> ante la pretensión de ciertos *padres fundadores* de congelar el sentido de los términos de la Constitución en el que ha sido empleado por sus redactores.

Vivimos lo que HÄBERLE denomina la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución.<sup>65</sup> “En los procesos de interpretación constitucional están incluidos todos los órganos del Estado, todos los poderes jurídicos, todos los ciudadanos y los grupos. No hay *numerus clausus* de intérpretes de la Constitución.”<sup>66</sup>

De esa manera, la interpretación de la Constitución será más propensa a evolucionar en virtud de la interacción de los diversos intérpretes constitucionales.<sup>67</sup> Por eso ZAGREBELSKY observa que la ductilidad constitucional será un carácter esencial en el Estado Constitucional.<sup>68</sup>

La Constitución es así interpretada y sobreinterpretada de manera que se extraiga de ella innumerables normas implícitas, como decía GUASTINI.<sup>69</sup>

La expresión *norma* está tomada en el sentido de interpretación del texto normativo. Dicho de otro modo, lo que se interpreta son los textos normativos o enunciados normativos; de la interpretación de los textos normativos resultan las normas.<sup>70 71</sup> Por eso es que el texto normativo o enunciado normativo sigue siendo el mismo, pero sobre él pueden derivarse una pluralidad de normas. Eso es lo que posibilita la mutación constitucional débil.

5. A la luz de estos conceptos es que se debe encarar el texto normativo del artículo 309 de la Constitución, en cuanto exige como legitimación activa para deducir la acción de nulidad ser titular de un derecho (derecho subjetivo) o de un interés legítimo que sea, además, directo y personal.

El derecho subjetivo y el interés legítimo en el sentido de los constituyentes de 1952 continúan comprendidos en la norma constitucional actual. Pero el sentido de ese texto normativo no se agota ahí. La fuerza del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva lleva a

---

<sup>64</sup> ZAGREBELSKY, G., *Historia y Constitución*. Mínima Trotta, Madrid, 2005, p. 41; DURÁN MARTÍNEZ, A., “En torno al...”, loc. cit., p. 34.

<sup>65</sup> HÄBERLE, P., *El Estado Constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, pp. 149 y ss.

<sup>66</sup> HÄBERLE, P., *El Estado...*, p. 150.

<sup>67</sup> HÄBERLE, P., *El Estado...*, pp. 159 y ss.

<sup>68</sup> ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Editorial Trotta. Madrid, 2005, pp. 14 y ss.

<sup>69</sup> GUASTINI, R., “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en CARBONELL, M., (Editor) *Neoconstitucionalismo(s)*. Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Trotta. Madrid, 2006, p. 54.

<sup>70</sup> GRAU, E.R., *Ensaio discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. Malheiros editores, São Paulo, 2002, p. 17.

<sup>71</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A., “En torno al...”, loc. cit., pp. 19 y ss.



una interpretación extensiva, es decir, a otra norma. El texto normativo es el mismo, pero la norma ha variado.

Por lo pronto, la aparición de intereses difusos lleva a un abordaje distinto de la cuestión. En esa época se afirmaba la imposibilidad jurídica de que un derecho pudiera ser al mismo tiempo individual y colectivo. Hoy esa obsoleta posición, decía GROS ESPIELL, está totalmente superada.<sup>72</sup>

Un interés difuso, sin perder esa calidad de tal, puede ser un interés legítimo un derecho subjetivo.<sup>73</sup> En esos casos, no hay impedimento alguno para deducir la acción de nulidad.<sup>74</sup>

Si pensamos en las cuestiones ambientales, por ejemplo, advertimos que hoy son posibles una serie de impugnaciones que en otros tiempos eran impensables.

Algo similar ocurre con la buena administración.

La buena administración, mencionada en el artículo 311 de la Constitución, tiene una evolución muy interesante. En un principio se la encaró como un deber pero luego, sin abandonar la perspectiva del deber, se la consideró también un derecho.<sup>75</sup>

Bien decía RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ que la buena administración de instituciones públicas es un derecho ciudadano, de naturaleza fundamental<sup>76</sup> y exigible ante los Tribunales, como acotaba BACELLAR FILHO.<sup>77</sup>

También ese nuevo concepto de buena administración abre un sinnúmero de posibilidades de impugnación que antes no existían. Basta pensar en Administraciones propensas al despilfarro que derrochan el dinero de la población, que a través de los impuestos entrega al Estado para un correcto gerenciamiento de los intereses generales, para advertir allí situaciones jurídicas subjetivas afectadas y legitimadas para accionar.

En forma clara se percibe allí una coincidencia entre los intereses generales y los particulares.

---

<sup>72</sup> GROS ESPIELL, H., "El derecho a vivir y el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado", en GROS ESPIELL, H., *Derechos humanos y vida internacional*. Universidad Nacional Autónoma de México-Comisión Nacional de Derechos Humanos. México, 1995, p. 158.

<sup>73</sup> GROS ESPIELL, H., "El artículo 42 del Código General del Proceso y la defensa de los intereses difusos", en *Anuario de Derecho Administrativo*. F.C. U. Montevideo, 2002, t. IX, pp. 54 y ss.; GORDILLO, A., *Tratado de Derecho Administrativo*. Fundación e Derecho Administrativo, t. 2, 3ª edición. Buenos Aires, 1998, p. III-17; DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 133 y ss.

<sup>74</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, p. 134.

<sup>75</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A., "La buena administración", en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Neoconstitucionalismo y...*, pp. 157 y ss., en especial, pp. 172 y ss.

<sup>76</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., "El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones", en *Anuario de Derecho Administrativo*. F.C.U. Montevideo, 2008, t. XV, p. 114.

<sup>77</sup> BACELLAR FILHO, R.F., "O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira", en *Actualidad en el Derecho Público*. Ad-Hoc. Buenos Aires, 2002, N°s. 18-20, p. 63.

Como bien decía ABERASTURY, la protección del derecho del individuo en el derecho público actual debe sustentarse no solo en función del individuo como tal sino también en función de su inserción dentro de la comunidad y como copartícipe de un interés que excede al mero interés privado.<sup>78</sup>

También merecen una interpretación más amplia que la dada tradicionalmente los términos *personal* y *directo* que califican al interés legítimo en el artículo 309 de la Constitución.

Tradicionalmente se ha dicho que *directo* se opone a futuro o eventual.<sup>79</sup>

He concluido que la expresión *directo* descarta lo eventual, pero no necesariamente lo futuro. Si lo futuro es inequívoco, no veo porqué no puede comprenderse. Creo que la expresión *directo* refiere al nexo causal y no al momento en que se produce la lesión.<sup>80</sup>

Mi opinión no ha sido recibida por la jurisprudencia, más allá de ser sustentada en alguna discordia por algún Ministro de la Suprema Corte de Justicia.<sup>81</sup> Menciono esa discordia porque a menudo las discordias son anuncios de un cambio jurisprudencial lo que, en el caso, considero saludable.

También creo que *eventual* merece una precisión. Considero que no es necesario que el daño se produzca para accionar sino que basta con que esa posibilidad exista si se realiza la conducta prevista por la norma. Por ejemplo, si un texto normativo establece que toda compraventa de vehículos automotores se debe pagar a través del sistema bancario y no en dinero en efectivo, está claro que hasta que no venda mi automóvil o no adquiera uno no me veo afectado. Desde ese punto de vista, se puede decir que el perjuicio es eventual pues si no compro o no vendo un automóvil no sufro perjuicio alguno. Creo que no se me puede exigir que compre o venda un automóvil para impugnar; desde el momento en que la norma entra en vigencia, me afecta, incide en mi decisión y estimo que allí quedo legitimado para accionar.

El término *personal* es interpretado en el sentido de que atañe a la persona, no se admite que se actúe en interés de otros.<sup>82</sup>

En principio esto es correcto, pero es necesario efectuar algunas precisiones y admitir también aquí una interpretación evolutiva.

Así, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, por sentencia N° 41 de 8 de febrero de 2006, admitió la legitimación activa del Ministerio Público para impugnar un acto administrativo por afectación al medio ambiente.

<sup>78</sup> ABERASTURY, P., *La justicia administrativa*. LEXIS NEXIS. Buenos Aires, 2006, pp. 204 y ss.

<sup>79</sup> Ver DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 114 y ss.

<sup>80</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, p. 117.

<sup>81</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, p. 118.

<sup>82</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 114 y ss.

La doctrina ha cuestionado esta sentencia por entender que el Ministerio Público actúa por la sociedad y carece de un interés personal que es lo que exige la Constitución.<sup>83</sup> También yo he adherido a esa doctrina.<sup>84</sup>

No obstante, un nuevo análisis del tema me hace revisar esa posición. En efecto, si la ley le asigna esa competencia al Ministerio Público para actuar en defensa de los intereses difusos, como se la asigna, tiene el poder-deber de actuar: actúa así en ejercicio de un derecho propio.

Eso me lleva a admitir la legitimación activa en otras situaciones que tradicionalmente se les negaba. Piénsese en una ONG, cualquiera sea su forma jurídica –fundación, asociación civil u otra– que, por ejemplo, según sus estatutos tenga por objeto, entre otros, velar por la protección de la ballena franca austral. Estimo que, en virtud de su estatuto, esa ONG queda legitimada para accionar contra cualquier acto administrativo que afecte a esos cetáceos. Es que, justamente, esa institución está para eso.

En virtud del principio de accesibilidad, que lleva al de *in dubio pro actione*, se debe aceptar tal legitimación activa.

## IV.

### AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA

1. El requisito de admisibilidad objetivo de la acción de nulidad que prevé nuestra Constitución es el agotamiento de la vía administrativa (arts. 309 y 319), lo que se logra con la interposición en tiempo y forma de los correspondientes recursos administrativos y su resolución expresa o ficta.<sup>85</sup>

2. Nuestro contencioso anulatorio se inspiró en el contencioso administrativo francés, de ahí su marcado carácter revisor. Pero no fue de ahí que extrajo el agotamiento de la vía administrativa, ya que en Francia no existe.

3. El agotamiento de la vía administrativa estaba previsto en la ley española llamada de SANTAMARÍA DE PAREDES, pero que no influyó en nuestro sistema.

<sup>83</sup> GROS ESPIELL, H., “El artículo 42...”, loc. cit., pp. 53 y ss.

<sup>84</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 132 y ss.

<sup>85</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, p. 142.

#### 4. Tampoco influyó el proyecto de ley de Luis VARELA.

VARELA fue contrario al agotamiento de la vía administrativa. Expresamente combatió el sistema español que exigía que la decisión a impugnar *cause estado*, es decir que la Administración hubiera pronunciado su última palabra lo que, para que así fuera, era preciso haber *apurado la vía gubernativa*, como se decía. Y expresamente elogió el régimen francés que no exigía tal formalidad sino que los recursos administrativos, en principio, eran optativos.<sup>86</sup>

Sin embargo, en su proyecto no recogió exactamente el sistema francés.

Su artículo 78 establecía:

El recurso judicial podrá establecerse en todos los casos a menos de existir prohibición legislativa expresa, o de que la parte agraviada hubiese optado por la reclamación en la vía administrativa jerárquica, y hubiese vencido el término para el recurso en lo judicial.<sup>87</sup>

Comentando este artículo, VARELA indicó que en las legislaciones positivas hay tres sistemas: a) el español, que exige el previo agotamiento de la vía administrativa; b) el francés, que no lo exige, prevé los recursos administrativos con carácter voluntario; c) el italiano, que establece que si se opta por la vía administrativa no se puede entablar la jurisdiccional. Incluso, señala un cuarto sistema según el cual, procediendo el recurso judicial, no podría optarse por el administrativo.<sup>88</sup>

Descarta de pleno el último por considerar que no habría equidad en prohibir la vía administrativa cuando el interesado lo creyere preferible.

Descarta también el español por considerarlo innecesario, gravoso y perjudicial.

Considera más aceptable que éste el francés, pero señala algunos inconvenientes por entender que puede alargar los procesos, por lo que estima más acertado seguir la legislación italiana, que considera más apta para resolver la cuestión en menos tiempo.<sup>89</sup>

Por el artículo 79 se establece que si se hubiese optado por la vía judicial se podrá luego acudir a la vía administrativa, aun cuando en la primera hubiese sido desestimada su reclamación.<sup>90</sup>

---

<sup>86</sup> VARELA, L., *Estudios de Derecho Administrativo*, t. I. *De lo Contencioso Administrativo. Doctrina General*. Turenne, Varzi, Cía. Editores. Montevideo, 1901, pp. 258 y ss.

<sup>87</sup> VARELA, L., *Estudios de Derecho Administrativo. De lo Contencioso Administrativo*, t. II. *Ensayo de un Código sobre la materia*. Turenne, Varzi, Cía. Editores. Montevideo, 1906, p. 123.

<sup>88</sup> VARELA, L., *Estudios de Derecho...*, t. II, pp. 123 y ss.

<sup>89</sup> VARELA, L., *Estudios de Derecho...*, t. II, p. 124.

<sup>90</sup> VARELA, L., *Estudios de Derecho...*, t. II, p. 125.

Y por el artículo 80 establece que el recurso judicial y el administrativo se podrán presentar simultáneamente. Aclara que si bien el artículo 78 prohíbe la interposición del recurso judicial después del agotamiento de la vía administrativa, nada se opone a que los dos recursos sean presentados a la vez.<sup>91</sup>

Sin embargo el artículo 81 presenta una atenuación en el régimen explicado. En efecto, este artículo establece:

Quando las providencias de que hubiese de reclamarse judicialmente hubiesen sido dictadas de oficio, deberá solicitarse previamente su revocación ante la misma autoridad que las hubiese dictado.

Ese requisito no será necesario cuando se tratare de providencias recaídas en expediente seguido por la parte.<sup>92</sup>

Como se percibe, con relación a actos dictados como consecuencia de un procedimiento iniciado de oficio se prevé un pedido de revocación previo a la instancia judicial. No es un agotamiento de la vía administrativa porque no se exige un recurso jerárquico, aun cuando el órgano que haya dictado el acto esté sometido a jerarquía. Con este sistema, dice, se obtiene el propósito del agotamiento previo de la vía administrativa sin sus inconvenientes.<sup>93</sup>

Tampoco influyó en nuestra solución adoptada en 1952 el proyecto de ley de VARELA, no solo porque su solución era distinta sino también porque nunca fue considerado. A decir verdad, VARELA en Uruguay fue injustamente ignorado; por lo menos, olvidado.

5. Gonzalo AGUIRRE RAMÍREZ, en una conferencia que pronunció en la sede del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, aún inédita pero que presencié, explicó muy bien el origen de nuestro agotamiento de la vía administrativa.

Recordó que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo estaba previsto en la Constitución de 1934, pero no era creado por el texto constitucional sino que éste cometía su creación a la ley. Como esa ley nunca se dictó, el tema se reglamentó en oportunidad de la elaboración de la Constitución de 1952, producto de un acuerdo político entre el Partido Nacional y el Partido Colorado.

---

<sup>91</sup> VARELA, L., *Estudios de Derecho...*, t. II, p. 126.

<sup>92</sup> VARELA, L., *Estudios de Derecho...*, t. II, p. 127.

<sup>93</sup> VARELA, L., *Estudios de Derecho...*, t. II, p. 127.

El Partido Nacional, que en ese período estuvo en la oposición, pretendía la creación directa del Tribunal de lo Contencioso Administrativo por la Constitución. El Partido Colorado, que en ese período estuvo siempre en el gobierno, defendía la posición entonces vigente, es decir, cometer la creación del Tribunal a la ley. Como ocurre a menudo, la solución surge en una transacción: se creó el Tribunal directamente por la Constitución y se exigió el previo agotamiento de la vía administrativa para atemperar el impacto que significarían las acciones jurisdiccionales directas.

6. Pese a ese origen sin raíces y hasta diría casual, el agotamiento de la vía administrativa caló muy hondo en Uruguay. Fue una semilla que germinó en un campo propicio, puesto que cayó en el apogeo del Estado de Bienestar, que conformó una mentalidad profundamente estatista, especialmente favorecida por el marcado carácter revisor de nuestro sistema, tomado, sí, del contencioso francés.

Ese carácter revisor fue lo que, en buena medida propició una errónea interpretación del artículo 312 de la Constitución que llevaría la jurisprudencia a considerar que la acción anulatoria era prejudicial de la reparatoria.<sup>94</sup>

Tan firme fue esa jurisprudencia que hubo que efectuar una reforma formal de la Constitución para descartar una prejudicialidad inexistente.

Pero, una vez más, el espíritu revisor afloró ante el nuevo texto, y una aislada doctrina contraria a la absolutamente mayoritaria consideró erróneamente que el nuevo artículo 312 imponía el agotamiento de la vía administrativa previo a la acción reparatoria. Afortunadamente, la Suprema Corte de Justicia rechaza esa postura, pero hay no poca jurisprudencia que la sostiene.

En consecuencia, hoy tenemos un agotamiento de la vía administrativa previsto como requisito de admisibilidad de la acción de nulidad y cierta jurisprudencia que la exige también para la acción reparatoria.

Por cierto que esta jurisprudencia, no solo no se ajusta al texto de la Constitución sino que además resulta incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva.<sup>95</sup> Se ha inventado aquí un formalismo inexistente que traba ilegítimamente el acceso al proceso. Cualquier duda al respecto en la interpretación del actual artículo 312 de la Constitución lleva al rechazo de la exigencia del agotamiento de la vía administrativa como requisito de admi-

---

<sup>94</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 386 y ss.

<sup>95</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 410 y ss. y pp. 421 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A., "Debilidades actuales del contencioso anulatorio", en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Neoconstitucionalismo y...*, pp. 601 y ss.

bilidad de la acción reparatoria, por aplicación del precepto de interpretación conforme a la Constitución o, mejor dicho, de interpretación conforme al bloque de constitucionalidad.<sup>96</sup>

7. HUTCHINSON sintetizó con gran precisión los fundamentos que se han sostenido para imponer el previo agotamiento de la vía administrativa.

En tal sentido expresó que dicha imposición tiene las siguientes finalidades:

a) producir una etapa conciliatoria previa al proceso administrativo; b) dar a la Administración la posibilidad de revisar el acto y de corregir un eventual error; c) promover el control de legitimidad y conveniencia de los actos de los órganos inferiores, constituyendo también indudablemente un medio de control por parte del superior, del desempeño de sus subordinados; d) facilitar la tarea del órgano judicial, llevando ante él una controversia ya planteada; e) incorporar al eventual proceso la especialización y experiencia técnica que suele existir en la Administración y que raramente posee el órgano judicial, que aunque recurra a peritos, no suele contar con tales elementos en su propio seno; f) permitir al particular exponer y fundamentar su pretensión con menores exigencias formales y de plazos que las vigentes en el proceso, y hacerlo en principio en forma gratuita, mientras que el proceso judicial es oneroso.<sup>97</sup>

Ninguno de esos argumentos me parece decisivo.

La conciliación previa no requiere necesariamente el agotamiento de la vía administrativa. Además, la Administración —al menos en Uruguay— rara vez concilia.

La posibilidad de revisar el acto y corregir algún error puede efectuarse sin recurso; solo no sería posible en caso de derechos adquiridos, pero en ese caso la Administración debe sufrir las consecuencias de sus propios actos.

El control de los actos de los órganos inferiores y de los funcionarios subordinados puede efectuarse sin necesidad del agotamiento de la vía administrativa.

No veo que se facilite la tarea del órgano jurisdiccional, ya que la controversia puede perfectamente quedar delimitada con la demanda y la contestación.

La Administración puede contribuir con su especialización y experiencia en el propio proceso, sin necesidad de hacerlo en el previo agotamiento de la vía administrativa.

En cuanto a las exigencias y a la onerosidad debe decirse, que:

a) con relación a los plazos, son menores los previstos para recurrir que los previstos para accionar, con lo que es muy fácil quedar al margen de la vía recursiva y, por

<sup>96</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A., “En torno al...”, loc. cit., pp. 14 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A., “El control de convencionalidad...”, loc. cit., p. D. 26.

<sup>97</sup> HUTCHINSON, T., *Derecho Procesal...*, t. I, pp. 52 y ss.

ende, de la jurisdiccional. Además, en los hechos, como en la inmensa mayoría de los casos la Administración no hace lugar a los recursos, se diluyen todos los supuestos beneficios, en ese sentido, indicados;

- b) en cuanto a la onerosidad, la cuestión se soluciona suprimiendo el tributo a las actuaciones judiciales, como en su momento se suprimió el tributo a las actuaciones administrativas.

En verdad, en Uruguay, la Administración casi nunca hace lugar a los recursos; ante un recurso, en general, la Administración se siente agredida y se defiende.

Por eso, como decía CAJARVILLE PELUFFO, los recursos administrativos, así encarados no son una verdadera garantía; son un desmedido privilegio para la Administración ya que para lo único que sirven es para dilatar el acceso a la instancia jurisdiccional, que es la verdadera garantía.<sup>98</sup>

8. En Costa Rica, la Suprema Corte de Justicia, por sentencia de la Sala Constitucional N° 03669-2006, de 15 de marzo de 2006,<sup>99</sup> declaró inconstitucional la ley de ese país en cuanto impuso el previo agotamiento de la vía administrativa en forma preceptiva, por violación al derecho a la tutela judicial efectiva y por violación del principio de igualdad al provocar un proceso asimétrico.<sup>100</sup>

9. En general la doctrina rechaza el previo agotamiento de la vía administrativa como requisito de admisibilidad de la acción.<sup>101</sup> Pero no todos admiten su ilegitimidad.<sup>102</sup> CASSAGNE ha expresado, a mi juicio con razón, que el previo agotamiento de la vía administrativa impuesto preceptivamente y, en general, el dogma revisor, resulta incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva.<sup>103</sup>

---

<sup>98</sup> CAJARVILLE PELUFFO, J.P., Recursos administrativos. F.C.U. Montevideo, 1987, pp. 8 y 102; DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, p. 252.

<sup>99</sup> *Estudios de Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay, 2011, N° 3, pp. 655 y ss.

<sup>100</sup> JINESTA LOBO, E., "Inconstitucionalidad del agotamiento preceptivo de la vía administrativa: la vaciedad de su carácter facultativo", en *Estudios de Derecho Público*. LA LEY Uruguay, 2011, N° 3, pp. 164 y ss.

<sup>101</sup> CASSAGNE, J.C./ PERRINO, P.E., *El nuevo proceso...*, pp. 194 y ss.; BOTASSI, C.A., "Los principios generales...", loc. cit., pp. 154 y ss.; AGUILAR VALDÉZ, O.R., "El agotamiento de la vía administrativa", en CASSAGNE, J.C., (Director) *Tratado de Derecho Procesal...*, t. I, pp. 644 y ss. CANDA, si bien comparte la finalidad del agotamiento de la vía administrativa, denuncia su desnaturalización en la práctica. Ver. CANDA, F.O., "La habilitación de la instancia contencioso administrativa", en TAWIL, G. S., (Director) *Derecho Procesal...*, pp. 374 y ss.

<sup>102</sup> HUTCHINSON, sin perjuicio de reconocer el inconveniente que significa los plazos breves para recurrir y el mal funcionamiento de la vía administrativa, expresó que la vía administrativa podrá ser de agrado o no, pero el desagrado no la transforma en inconstitucional. HUTCHINSON, T., *Derecho Procesal...*, t. I, pp. 265 y ss.

<sup>103</sup> CASSAGNE, J.C., "La tutela judicial...", loc. cit., pp. 98 y ss. y 104 y ss.



10. En este estado, si llegamos a la conclusión de que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho humano, se encuentra en la cúspide del bloque de constitucionalidad, por lo cual se impone hasta el constituyente.

Por tal razón, la norma constitucional que la desconozca es ilegítima, y al no existir un sistema concentrado jurisdiccional de legitimidad de la Constitución, en lo interno, cualquier operador jurídico podría desaplicar la norma jurídica y aplicar directamente el principio.<sup>104</sup> No hay que olvidar que en materia de derechos humanos, en virtud de la directriz de preferencia, prevalece la norma más favorable<sup>105</sup> y, en el caso, lo es la que posibilita el acceso al proceso.

Esto no puede extrañar. No olvidemos que ya BACHOF en su famosa lección inaugural de la Universidad de Heidelberg en 1951, planteó la posibilidad de la inconstitucionalidad de normas constitucionales, entre otras cosas, por contradicción con el derecho metapositivo no positivizado.<sup>106</sup>

Bueno sería que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo iniciase una jurisprudencia en este sentido, más acorde al bloque de constitucionalidad que la que hoy impera.

## V.

### PLAZO PARA ACCIONAR

1. En casi todos los países el derecho positivo prevé para accionar en el ámbito del contencioso administrativo un plazo de caducidad.<sup>107</sup>

2. No obstante, en los últimos tiempos han aparecido numerosos cuestionamientos a estos plazos de caducidad.<sup>108</sup> En esa línea, CASSAGNE considera que sería más lógico y justo poder presentar la acción mientras el derecho de fondo no haya prescrito.<sup>109</sup>

Otros, como ABERASTURY, opinan que “en la medida en que el plazo para demandar al Estado sea razonable y se encuentre rodeado de certeza para el particular respecto de la

<sup>104</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A., “Los principios generales del derecho en el derecho administrativo. Aplicación por el legislador, el administrador y el juez”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Neoconstitucionalismo y...*, pp. 102 y ss.

<sup>105</sup> RISSO FERRAND, M., ¿Qué es la Constitución? Universidad Católica del Uruguay, Dámaso Antonio Larrañaga. Montevideo, 2010, p. 63.

<sup>106</sup> BACHOF, O., ¿Normas constitucionales inconstitucionales? Palestra Editores. Lima, 2008, pp. 69 y ss.

<sup>107</sup> TAWIL, G.S., “El plazo para accionar en la instancia contencioso administrativa”, en TAWIL, G.S., (Director) *Derecho Procesal...*, p. 317.

<sup>108</sup> TAWIL, G.S., “El plazo para...”, loc. cit., pp. 325 y ss.; BOTASSI, C.A., “Los principios generales...”, loc. cit., p. 156.

<sup>109</sup> CASSAGNE, J.C., “La tutela judicial...”, loc. cit., p. 115.

necesidad de deducir una acción para no perder el derecho que le asiste, podría ser viable.”<sup>110</sup> No obstante, haciendo un análisis desde los derechos humanos, cuestionó la constitucionalidad del sistema de plazos dispuesto por el derecho positivo de su país.<sup>111</sup>

**3.** En Uruguay, el segundo inciso del artículo 319 de la Constitución establece:

La acción de nulidad deberá interponerse, so pena de caducidad, dentro de los términos que en cada caso determine la ley.

Como se percibe, la Constitución prevé un plazo para accionar que califica de caducidad pero no lo fija, sino que comete su fijación a la ley.

En definitiva, el plazo, con relación al recurrente, está fijado por el artículo 9 de la ley N° 15.869, de 22 de junio de 1987.

Conforme a este artículo, el plazo para presentar la acción de nulidad es de 60 días a partir del día siguiente al que se configuró el agotamiento ficto de la vía administrativa o al de la notificación o publicación en el Diario Oficial, en su caso, del acto que en forma expresa puso fin a la vía administrativa. Si hubo agotamiento expreso, pero el acto que puso fin a la vía administrativa no fue notificado ni publicado en el Diario Oficial, según corresponda, el plazo es de dos años a partir de la fecha de interposición de los recursos administrativos.

También se prevé la reapertura del plazo por sesenta días por “cada acto ulterior que haya agotado la vía administrativa, sin poner fin al agravio.”

**4.** En nuestro país no se ha cuestionado la existencia de un plazo de caducidad.

Tal vez no se haya cuestionado la existencia de un plazo de caducidad para accionar porque en materia de plazos lo más grave es el plazo de diez días para recurrir a fin de poder agotar la vía administrativa. Por diez días se puede perder el acceso al Tribunal de lo Contencioso Administrativo; pero ese es un problema previo al momento de estar en condiciones para accionar. En consecuencia, el plazo de caducidad previsto para accionar no crea ni de cerca los problemas que plantea ese plazo de diez días para recurrir a fin de poder agotar la vía administrativa.

Se ha cuestionado, sí, la poca claridad del citado artículo 9 que provoca varias dudas interpretativas,<sup>112</sup> la formalista jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo

<sup>110</sup> ABERASTURY, P., *La justicia...*, p. 160.

<sup>111</sup> ABERASTURY, P., “El plazo de caducidad”, en CASSAGNE, J.C., (Director) *Tratado de Derecho Procesal...*, p. 678.

<sup>112</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 259 y ss.

en cuanto no admite la reapertura del plazo luego de los dos años de la interposición de los recursos<sup>113</sup> y la falta de claridad del sistema con relación al tercero afectado por el acto que agotó la vía administrativa.<sup>114</sup>

Algunas de esas falencias pueden solucionarse con una adecuada interpretación conforme al bloque de constitucionalidad, a favor del acceso al proceso: pero otras requieren tratamiento expreso de derecho positivo.

5. Si bien comparto la intención de los autores que sugieren la admisión de la acción mientras el derecho de fondo no esté prescrito, advierto que en nuestro derecho la sentencia del Tribunal a veces tiene efectos *erga omnes*. También hago notar que los actos susceptibles de impugnación pueden ser creadores de derechos por lo que, en estos casos, no habría seguridad jurídica si pudiesen ser impugnados indefinidamente o en los plazos de la prescripción del derecho de fondo, que son generalmente largos. Por esas razones, para la acción de nulidad un plazo de caducidad parecería ser admisible. Pero debe ser razonable y claro, como opinó ABERASTURY.

En esa línea GONZÁLEZ PÉREZ expresó: “La seguridad jurídica impondrá, desde luego, unos plazos razonables; pero no tan exigüos que no permitan preparar adecuadamente la defensa, cuando se ha de iniciar el proceso con la demanda debidamente fundada.”<sup>115</sup>

Para la acción reparatoria u otra que no sea anulatoria estimo que no debería existir un plazo de caducidad; considero que mientras el derecho de fondo no esté prescrito se podría demandar al Estado con este tipo de acciones. También considero que no debería existir un plazo de caducidad para la acción anulatoria, cuando operó agotamiento ficto de la vía administrativa o, habiendo agotamiento expreso, no se ha notificado personalmente o, en su caso, no se ha publicado en el Diario Oficial el acto que puso fin a la vía administrativa.

---

<sup>113</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 274 y ss.

<sup>114</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 278 y ss.

<sup>115</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J., “Hacia un código procesal administrativo modelo para Iberoamérica”, en GONZÁLEZ PÉREZ, J./ CASSAGNE, J.C., *La justicia administrativa en Iberoamérica*. LEXISNEXIS. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005, p. 80.

## VI.

### APRECIACIONES FINALES

1. De lo expuesto se advierte que nuestro derecho positivo interno encaró la acción de nulidad con un rigor formalista muy estricto, como ha ocurrido en otros países de nuestra misma cultura jurídica.

2. La nueva visión del derecho, basado en la centralidad de la persona humana, lleva a un abordaje de todo el ordenamiento jurídico desde el bloque de constitucionalidad.

3. Ese cambio de perspectiva hace aconsejable cambios de las normas constitucionales y legislativas internas.

En ese sentido, ya he entendido que deberíamos ir a un sistema judicialista o, al menos, a que todo el contencioso administrativo se dilucide en un mismo sistema orgánico y a aumentar los poderes del juez, yendo a un contencioso de plena jurisdicción en algunos supuestos.<sup>116</sup> Muy interesante parece al respecto la solución de Panamá. Explica allí BENAVIDEZ PINILLA que “el proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción, tiene por objeto proteger un derecho subjetivo que proviene de una norma legal, cuando es desconocido o vinculado por un acto administrativo particular. Mediante este proceso, se logra restituir a favor del recurrente su derecho violado al anularse, reformarse o sustituirse el acto acusado.”<sup>117</sup> Incluso estimo que podría, además, el juez considerar la reparación patrimonial en caso de que el acto impugnado haya producido daños.

También por cierto deberían reverse los formalismos existentes que dificultan el acceso al proceso. Pero mientras no se efectúen esas reformas, algunas de esos enunciados normativos, como los relacionados con la legitimación activa, deberían interpretarse en forma más amplia y otros, como los que imponen el agotamiento de la vía administrativa, directamente deberían descartarse y aplicarse la norma más favorable que, en el caso, es además de mayor valor y fuerza pues se trata de un derecho humano.

En lo que respecta al plazo de caducidad para accionar, no se requiere una reforma constitucional sino legislativa. Mientras que no se haga, las dudas planteadas deben resolverse en función del principio de *in dubio pro actione*.

Es muy claro que la nueva visión del derecho tiende a un informalismo en aras del derecho sustantivo.

<sup>116</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A., “Debilidades actuales del...”, loc. cit., p. 599.

<sup>117</sup> BENAVIDEZ PINILLA, V.L., *Compendio de Derecho...*, p. 312.

Para citar este artículo:

Durán Martínez, Augusto, Formalismo o antiformalismo en el contencioso administrativo. *Revista de Derecho* 10, UCU, 2014, pp. 59-91

*Recibido: 22/09/2014*

*Enviado a árbitros: 26/09/2014*

*Aceptado: 15/11/2014*

## BIBLIOGRAFÍA

- ABERASTURY, P., *La justicia administrativa*. LEXIS NEXIS. Buenos Aires, 2006.
- ABERASTURY, P., “El plazo de caducidad”, en CASSAGNE, J.C., (Director) *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, t. I. LA LEY. Buenos Aires, 2007.
- AGUILAR VALDÉZ, O.R., “El agotamiento de la vía administrativa”, en CASSAGNE, J.C., (Director) *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, t. I. LA LEY. Buenos Aires, 2007.
- AGUILAR VALDEZ, O.R., “Las partes en el proceso administrativo”, en TAWIL, G.S. (Director) *Derecho Procesal Administrativo*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2011.
- AMOZA ANTÚNEZ DE OLIVERA, E., “¿Quién tutela los derechos colectivos? Algunas reflexiones sobre el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y su rol de garante constitucional”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 30. Universidad de la República. Montevideo, enero-junio 2011.
- ATIENZA, M., *Ideas para una filosofía del derecho*. Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Nuevos tiempos-Nuevas Ideas-Fondo Editorial. Lima, 2008.
- BACELLAR FILHO, R.F., “O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira”, en *Actualidad en el Derecho Público*, N°s. 18-20. Ad-Hoc. Buenos Aires, 2002.
- BACHOF, O., ¿Normas constitucionales inconstitucionales? Palestra Editores. Lima, 2008.
- BENAVIDEZ PINILLA, V.L., *Compendio de Derecho Público panameño*. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá, 2012.
- BÈNOIT, F.P., *Le Droit Administratif Français*. Librairie Dalloz. Paris, 1968.

- BOTASSI, C.A., “Los principios generales del proceso administrativo en los regímenes locales: accesibilidad, especialización y descentralización”, en CASSAGNE, J.C., (Director). *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, t. I, LA LEY. Buenos Aires, 2007.
- CAJARVILLE PELUFFO, J.P., Recursos administrativos. F.C.U. Montevideo, 1987.
- CAJARVILLE PELUFFO, J.P., “Introducción al procedimiento administrativo uruguayo”, en CAJARVILLE PELUFFO, J.P., *Sobre Derecho Administrativo*, t. II. Segunda edición ampliada. F.C.U. Montevideo, 2008.
- CANDA, F.O., “La habilitación de la instancia contencioso administrativa”, en TAWIL, G. S., (Director) *Derecho Procesal Administrativo*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2011.
- CAPALBO, S., “El derecho a la tutela judicial efectiva”, en TAWIL, G.S. (Director) *Derecho Procesal Administrativo*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2011.
- CASSAGNE, J.C./ PERRINO, P.E., *El nuevo proceso contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires*. Lexis Nexis. Buenos Aires, 2006.
- CASSAGNE, J.C., “La justicia administrativa”, en CASSAGNE, J.C., (Director) *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, t. I. LA LEY. Buenos Aires, 2007.
- CASSAGNE, J.C., “La tutela judicial efectiva”, en CASSAGNE, J.C., (Director). *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, t. I. LA LEY. Buenos Aires, 2007.
- COUTURE, E.J., “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, en COUTURE, E.J., *Obras*, t.I. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2010.
- DE LAUBADÈRE, A., *Traité de Droit Administratif*, vol. I. Sixième Edition. L.G.D.J. Paris, 1973.
- DELPIAZZO, C.E., “El procedimiento administrativo en Uruguay”, en DELPIAZZO, C.E./RUOCCO, G., (Directores) *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Actos y contratos de la Administración*, t. II. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2013.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., “La obligación de motivar: un principio general de derecho administrativo”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de derecho administrativo. Parte General*. Montevideo, 1999.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso administrativo*. F.C.U. Montevideo, 2007.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., “El derecho administrativo entre legalidad y derechos fundamentales”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Público*, vol. II. Montevideo, 2008.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., *Neoconstitucionalismo y derecho administrativo*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2012.

- DURÁN MARTÍNEZ, A., “El control de convencionalidad y el Derecho Público Interno”, en *La Justicia Uruguaya*, año LXXV, t. 149, febrero 2014.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., “El procedimiento administrativo en Uruguay”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, N° 9. LA LEY Uruguay. Montevideo, 2014.
- FRUGONE SCHIAVONE, H., “Principios del procedimiento administrativo”, en VV.AA. *El nuevo procedimiento administrativo*. Secretaría de la Presidencia de la República. Programa Nacional de Desburocratización. 2ª edición. Montevideo, 1991.
- GAMARRA ANTES, D., “Interpretación de enunciados constitucionales y mutaciones en sentido débil en el ordenamiento jurídico”, en *La Justicia Uruguaya*, año LXXV, t. 149, marzo 2014.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Segunda edición. Civitas. Madrid, 1989.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Segunda edición. Civitas. Madrid, 1992.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., “Hacia un código procesal administrativo modelo para Iberoamérica”, en GONZÁLEZ PÉREZ, J./ CASSAGNE, J.C., *La justicia administrativa en Iberoamérica*. LEXISNEXIS. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005.
- GORDILLO, A., *Tratado de Derecho Administrativo*. Fundación e Derecho Administrativo, t. 2, 3ª edición. Buenos Aires, 1998.
- GRAU, E.R., *Ensaio discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. Malheiros editores, São Paulo, 2002.
- GROS ESPIELL, H., “El derecho a vivir y el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado”, en GROS ESPIELL, H., *Derechos humanos y vida internacional*. Universidad Nacional Autónoma de México-Comisión Nacional de Derechos Humanos. México, 1995.
- GROS ESPIELL, H., “El artículo 42 del Código General del Proceso y la defensa de los intereses difusos”, en *Anuario de Derecho Administrativo*, t. IX. F.C. U. Montevideo, 2002.
- GUASTINI, R., “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en CARBONELL, M., (Editor) *Neoconstitucionalismo(s)*. Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Trotta. Madrid, 2006.
- HÄBERLE, P., *El Estado Constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.

- HUTCHINSON, T., *Derecho Procesal Administrativo* t. I. RUBINZAL-CULZONI Editores. Santa Fe, 2009.
- JELLINEK, G., *Reforma y mutación de la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991.
- JINESTA LOBO, E., “Inconstitucionalidad del agotamiento preceptivo de la vía administrativa: la vaciedad de su carácter facultativo”, en *Estudios de Derecho Público*, N° 3. LA LEY Uruguay, 2011.
- LAUHIRAT, S., “Algunos aspectos del proceso contencioso administrativo a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos”, en TAWIL, G.S. (Director) *Derecho Procesal Administrativo*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2011.
- LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*. Segunda edición. Editorial ARIEL. Barcelona, 1976.
- LONG, M./ WEIL, P./ BRAIBANT, G./ DELVOLVÉ, P./ GENEVOIS, B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 12e. edition. Dalloz. Paris, 1999.
- MARITAIN, J., *El orden de los conceptos. Lógica*. Club de Lectores. Buenos Aires, 1978.
- MESTRE, A., *Le Conseil d'État protecteur des prérogatives de l'Administration*. L.G.D.J. Paris, 1974.
- PERRINO, P.E., “La pretensión procesal administrativa como objeto del proceso contencioso administrativo”, en CASSAGNE, J.C., (Director). *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, t. I. LA LEY. Buenos Aires, 2007.
- PRAT, J.A. *De la desviación de poder*. Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo. Montevideo, 1957.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*, t. I. Vigésima segunda edición. Espasa Calpe S.A. Buenos Aires. 2001.
- RISSO FERRAND, M., ¿Qué es la Constitución? Universidad Católica del Uruguay, Dámaso Antonio Larrañaga. Montevideo, 2010.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones”, en *Anuario de Derecho Administrativo*, t. XV. F.C.U. Montevideo, 2008.
- TAWIL, G.S., “Características básicas de la jurisdicción contencioso administrativa argentina”, en TAWIL, G.S., (Director) *Derecho Procesal Administrativo*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2011.



- TAWIL, G.S., “El control jurisdiccional de la actividad e inactividad administrativa. Distintos sistemas de organización”, en TAWIL, G.S. (Director) *Derecho Procesal Administrativo*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2011.
- TAWIL, G.S., “El plazo para accionar en la instancia contencioso administrativa”, en TAWIL, G.S., (Director) *Derecho Procesal Administrativo*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2011.
- VARELA, L., *Estudios de Derecho Administrativo, t. I. De lo Contencioso Administrativo. Doctrina General*. Turenne, Varzi, Cía. Editores. Montevideo, 1901.
- VARELA, L., *Estudios de Derecho Administrativo. De lo Contencioso Administrativo, t. II. Ensayo de un Código sobre la materia*. Turenne, Varzi, Cía. Editores. Montevideo, 1906.
- VERAMENDI, E.D., “Los principios generales del proceso administrativo”, en TAWIL, G.S. (Director) *Derecho Procesal Administrativo*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2011.
- WALINE, M., *Précis de Droit Administratif*, vol. I. Édition Montchrestien. Paris, 1969.
- ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Editorial Trotta. Madrid, 2005.
- ZAGREBELSKY, G., *Historia y Constitución*. Mínima Trotta, Madrid, 2005.